A FILOSOFIA PRÁTICA E A FILOSOFIA DO DIREITO

Eduardo Ribeiro Moreira

1.1 A Racionalidade Prática na Filosofia Contemporânea

Ao estudar a relação entre a filosofia e outros campos do saber, nota-se mudança no papel desempenhado pela filosofia no último século. Após muitas ciências avançarem para um ponto em que os filósofos já não acompanhariam de perto a revolução das ciências, a filosofia buscou dialogar entre seus pares[1]. Saiu de cena a digressão metafísica e existencial, e outros temas ocuparam o epicentro das atenções, como a filosofia da linguagem. Fechada no meio acadêmico, a produção filosófica deixou de ser acompanhada pelos estudiosos em geral por quase um século. Neste ínterim, a filosofia permaneceu em torno de si mesma e não mais se atualizou em uma filosofia para o mundo.

A capacidade de interação entre a filosofia e outros campos do conhecimento humano recuperou-se na medida em que se percebeu que alguns "problemas metafísicos estão sendo tratados com um respeito mínimo pela lógica e pela ciência".[2] Especificamente na relação entre filosofia, direito e política, que é o que nos interessa a interlocução entre tais campos foi benéfica para todos. Os juristas, ao se apropriarem, ainda que tardiamente, do discurso filosófico, produziram reflexões de direito para fora dos tribunais. A filosofia do direito, que é nosso objeto de pesquisa, empregou uma verdadeira revolução no direito. No campo da política, a filosofia trouxe densidade e alternativas a uma ocupação perdida de crença e legitimidade. A filosofia política, em especial, passou a investigar temas como eleições, democracia e governança, sem abandonar o raciocínio lógico-filosófico.

---

[1] Hans George Gadamer, A razão na época da ciência.

[2] Mario Bunge, Física e Filosofia, p. 61.

Para a filosofia política, abriu-se o mundo da vida, tanto na dimensão individual e cultural imersa na linguagem, como na dimensão institucional, presente na esfera pública. Na Ética, o intercâmbio mostra que ela é hoje mais necessária do que nunca e que, em matéria de ética, os filósofos continuam sendo aqueles capazes de falar com propriedade dos assuntos gerais de nossos dias. Vê-se nas problemáticas tradicionais, que, dependendo da complexidade ética envolvida, se aproximam do diálogo com o filósofo moral, o jurista, o filósofo político, o sociólogo, etc.[3]

A Filosofia volta a ser estudada como saber integrado, para cooperar com as diversas ciências e, não, um saber elevado, afastado dos demais, e esta assertiva encaixa perfeitamente com os presentes estudos éticos.

Ao adentrarmos nas propostas de estudos filosóficos sobre a ética, deparamo-nos com a seguinte divisão: aqueles partidários de uma ética não-cognitivista e aqueles defensores de uma ética cognitivista com uso da moral. Os estudiosos de uma metaética não cognitivista, com base na filosofia analítica, tratam dos valores, seus significados e recusam-se a conhecê-los objetivamente. O desenvolvimento, que usa a teoria não cognitivista se divide em diversas propostas, que têm como base comum a não atribuição de significado moral aos termos utilizados de forma motivacional.[4] O não cognitivismo diz que substitui crença por aceitação, mas, com isso, afasta-se das balizas sociais, o que, como consequência serve de desculpa para um comportamento eticamente reprovável. Esse substrato teórico serviu de sustentáculo para o positivismo exclusivista, que defende a tese de separação total entre o direito e a moral, pois a última pertenceria somente à ética filosófica[5]. Já o cognitivismo moral percebe no juízo moral um juízo que motiva cognitivamente e não deve ser equiparado a apenas uma condição de verdade. O juízo moral presente hoje no discurso jurídico e filosófico cognitivista é fruto dos trabalhos iniciados por Kant, por isso, diz-se que as teorias que trabalham, em alguma medida a razão aplicada à moral são teorias neokantianas. A base da filosofia do direito do século XXI é neokantiana. Habermas, filósofo que parte dessa

[3] Carla Faralli, A Filosofia Contemporânea do Direito, p. 2.

[4] Mark Schroder, Noncognitivism in Ethics, p.162.

[5] O positivismo jurídico como proposta de teoria universal, a fim de explicar cientificamente o direito em todos os países também se afastou da moral pelas distintas concepções morais obtidas em diferentes tradições. Habermas também aposta em uma teoria universal, talvez por isso se limite a propor uma moral procedimental. A nossa proposta é menos pretensiosa ao estabelecer critérios de justiça para as tradições ocidentais.

base teórica, que seria em última instância inspirada em Kant, explica o que acarreta tripartição kantiana do mundo em:

- Mundo objetivo – pretensão de verdade, relação com o mundo externo;
- Mundo social – pretensão de correção, relação com as demais pessoas pelo agir comunicativo;
- Mundo subjetivo – pretensão de veracidade, relação com o próprio eu, em torno de si (e o inconsciente).

A partir das três visões de mundo, Habermas destaca os três tipos dos atos da fala: o tipo constatativo; o tipo regulativo; e o tipo expressivo.[6] Os dois primeiros são discursivamente rejeitáveis, já o último é resgatável no p´roprio agir comunicativo. A ética do discurso, tão em voga em Habermas, transporta-se ao direito e corresponde à ética proposta pela argumentação[7]. A proposta ética cognitivista contemporânea postula uma filosofia aplicada – aplicada ao direito, à política – superando as incertezas trazidas no pensamento crítico pós-moderno,[8] o qual acentua o uso da linguagem. Vejamos a comparação entre o panorama do ser, panorama da mente, panorama da linguagem e também o panorama da ética, possível a partir da reabilitação da razão prática e incluído exclusivamente por nossa percepção:

- Panorama do ser = filosofia clássica = filosofia metafísica
- Panorama da mente = filosofia moderna = filosofia do conhecimento
- Panorama da linguagem = filosofia pós-moderna = filosofia da linguagem
- Panorama da ética = filosofia contemporânea = filosofia prática

A Filosofia prática não se confunde com a pragmática. Problemas de desvelamento e de compreensão do panorama já estão lá na base filosófica, aguardando a crítica. A mudança de panorama é o modo de não se fechar na tradição filosófica; sobretudo, o foco é realizar a ponte entre a filosofia e a

---

[6] Jürgen Habermas, Verdade e Justificação, capítulos 2 e 3.

[7] Aqui a argumentação jurídica deve ser entendida com as propriedades de teoria da argumentação padrão, desenvolvidas pós a década de 80. A argumentação jurídica pode ser conectada ao agir comunicativo como uma percepção moral deste.

[8] Zygmunt Bauman, O mal estar na pós-modernidade.

construção possível. O possível pode operar contrafaticamente, pois não se pode esquecer que uma das funções da filosofia é desafiar a realidade enquanto a reconhece. Um bom exemplo dessa operação é analisar dialeticamente, as contribuições de Hegel como filósofo da reconciliação dos fragmentos destruídos pela modernidade: sociedade (dentro de si), família (ser aí) e a síntese, o Estado.

Não se pode esquecer de que a força conservadora celebra a razão apenas em uma parte, pois nega o papel da cultura, dos movimentos de afirmação, dos movimentos sociais, simplesmente porque estes momentos trazem distúrbios à unidade. Por isso, antes de tudo, aparece a filosofia como guardião da racionalidade, pois ela pode transformar. Ela (a filosofia) não é mais a rainha suprema da cultura, pois não há mais espaço para isso; ela é mediadora entre o mundo da vida e os 'experts', e, dessa forma, permite a cooperação dos saberes.

A racionalidade é um termo mais preciso do que razoabilidade, pois o último está muito próximo à noção de *common sense* (bom senso) e desenvolve-se no direito num sentido de aplicação. O logos do razoável humano aparece mais fraco do que a lógica racional. A racionalidade, então, fornece um sentido forte ao direito, e elimina a arbitrariedade do método jurídico.

A racionalidade do juízo não implica sua verdade, apenas sua aceitabilidade fundamentada num contexto dado. Também temos que a racionalidade reflexiva é a capacidade de autorreflexão, de como distanciar-se de si mesmo (ou refletir sobre minhas próprias ações, opiniões), o que possibilita a real liberdade.

Já a racionalidade comunicativa se espelha no entender-se com alguém a respeito de algo, projetando-se o que se quer dizer; o que se diz nele, a forma de sua aplicação na ação da fala[9]. Diferença entre acordo (forte e conhecido por muitas partes) e consentimento mútuo (apenas as partes chegam a uma mesma conclusão, ainda que, por razões diversas, tampouco chegam perto de uma verdade universal) persistem. Por isso, é necessário situar os desacordos morais, que permitem um desfecho harmônico, ou pelo menos, tolerante. O intolerante não permite o acordo nem o desacordo moral e fica identificado com o irracional quando não possuí fundamento para a intolerância. Irracional é quem defende opiniões e, dogmaticamente, prende-se a elas, mesmo vendo que não pode fundamentá-las.[10]

---

[9] Jürgen Habermas, Verdade e Justificação, p. 105.

[10] Jürgen Habermas, Verdade e Justificação, p. 104.

A racionalidade prática leva em consideração todo comportamento humano racional ligado à ideal de ação. Por isso, ela é tão relacionada com a filosofia do direito, que, além de teorias, trabalha a racionalidade do argumento e da decisão. A racionalidade de ações opõe-se à racionalidade teórica, a qual por sua vez, concentra-se nas condições teóricas e seus desenvolvimentos. Na filosofia do direito, quando se abordam as decisões ou o papel dos operadores do direito, estamos no plano da racionalidade prática. A dogmática jurídica, seu objeto e as suas funções operaram por muito tempo dentro da perspectiva da racionalidade teórica. Foi o papel da filosofia do direito fazer o jurista despertar do sono dogmático, para perceber que, mesmo no método, podemos buscar ordenar condutas mais racionais do comportamento humano. Isto é especialmente fácil de perceber nas decisões judiciais; a racionalidade prática desempenha um papel para além daqueles elaborados pela racionalidade teórica.

O discurso ético fundamenta-se no direito pelos princípios, que funcionam como pautas da moralidade pública contemporânea. O discurso faz-se sobre uma ética pautada por princípios, que detêm carga axiológica e têm funcionamento aberto. A importância do discurso nota-se pelos padrões de racionalidade que ele transmite. A crítica da razão funciona a partir do horizonte da modernidade. Habermas não concorda em identificar a modernidade com o niilismo e aposta em uma critica à modernidade não niilista, mas, sim, construtivista. A racionalidade do discurso prático verifica-se ao adotar meios passíveis de atingir metas visadas. A racionalidade prática, na filosofia contemporânea, preocupa-se com a realização de seguir normas morais exequíveis e que podem promover o bem-estar social. Por sua vez, o bem estar social aparece como uma ciência social reconstrutiva, e a reabilitação da razão prática permite um novo quadro filosófico com importantes consequências, como a superação do positivismo e o estabelecimento de uma consciência moral pós-convencional. [11] A filosofia prática contemporânea, neokantiana, é distinta do que se entendia por filosofia prática na antiguidade (como em Aristóteles), então vista como uma oposição à filosofia teórica. Na modernidade, apareceram os sujeitos racionais, e o sentido de justiça ganha feição para fora do que é bom para mim é bom para os outros. Os sujeitos racionais são elementos trabalhos por Habermas que ao explicar a ligação entre teoria e prática, assevera

[11] Antonio Maia, Jürgen Habermas – Filósofo do Direito

que “no pensamento pós-metafísico, o direito racional e a filosofia da história levaram a outra concepção da relação entre teoria e prática”[12]. A filosofia prática na contemporaneidade restabelece o sentido sobre o “que falta nas formas atrofiadas da filosofia acadêmica é uma coisa: uma perspectiva que confia a seus enunciados a capacidade de nos orientar na vida”.[13]

A partir daí, na filosofia, percebeu-se uma correlação da ética com o uso direito e com percepção de justiça. Isso se fez possível com o duplo abandono. O primeiro, no campo do direito, a superação do positivismo permite que o abalado domínio normativo passe a interagir com as discussões racionais e insurja-se contra o ceticismo filosófico. A reabilitação da razão prática é uma volta a ensinamentos da filosofia moderna com projeções para o futuro. A filosofia prática é sempre pautada na construção de um mandamento racional que leva ao aprimoramento do objeto. O outro abandono anunciado pelo avanço do campo ético revela-se no papel reservado aos conteúdos substantivos[14], que passa a interagir com a orientação procedimental.

A visão do mundo contemporâneo, organizado em uma sociedade pluralista não acolhe uma opção predominante, ao contrário, distancia-se dela. Nem a moral subjetiva, nem a moral objetiva devem ser consideradas como a moralidade pública contemporânea. Esta só é verificada após o debate argumentativo intersubjetivo. Absorver moral subjetiva poderia nos fazer retornar a questões moralista-religiosas. Defender moral objetiva representaria nos limitarmos aos valores contidos nos bens, tornando muitos campos estáticos. A moral intersubjetiva chama ao debate os códigos universais, no campo do direito e os princípios para serem preenchidos argumentativamente e, dessa reflexão pública, onde acordos e desacordos morais consentidos se misturam alcança-se uma construção racional regulativa. A ética, tal como defendida em Habermas, perde o cunho substancial, para trabalhar no plano procedimental, com ganhos no plano de coordenação das regras do discurso.

A associação entre razão prática e ética revela condições de procedibilidade que tornam melhor, menos arbitrária e, sobretudo, mais racional, a vida nas

[12] Jürgen Habermas, Verdade e Justificação, p. 313.

[13] Jürgen Habermas, Verdade e Justificação, p. 315.

[14] Na verdade não se trata universalmente de abandono, mas de um abrandamento, pois muitos filósofos continuarão a ser substancialistas na relação da moral com o direito, assumindo integralmente essa posição (Dworkin) ou parcialmente (Atienza e Rawls). No decorrer do trabalho, na medida em que os demais autores foram trabalhados faremos as considerações sobre eles.

sociedades pluralistas, as quais não dependem de uma moral nem podem estar distanciadas dela. A racionalidade prática recortada e reconstruída para o direito é a chave do sucesso da filosofia contemporânea no mundo jurídico. E isto nós não podemos esquecer: a filosofia mantém-se viva por um ideal de racionalidade.

1.2 A Filosofia Prática e os Aportes para o Direito

A filosofia prática encontrou eco no direito, com base na obra de Kant. Kant é autor da estruturação da razão prática, a partir de imperativos que seriam atualizados ao direito contemporâneo como normas e princípios. Isto só é possível a partir de um ponto de vista racional com a utilização de critérios, que são observados pela correção argumentativa utilizada. As razões têm um "peso epistêmico e não podem expressar tão somente o que certas pessoas consideram racional fazer, segundo suas respectivas preferências dadas".[15] Kant pensou em quatro marcos para se alcançar a paz perpétua, são eles: um marco ético, que demarca o papel da sua filosofia moral; um marco político, que destaca a relação e o papel da filosofia política e de uma teoria do estado; o marco do direito, que desaguaria na formação de uma teoria do direito, e o marco da economia, o qual representa um marco econômico.

A base kantiana da fundamentação da metafísica dos costumes projetou-se na história e foi adaptada após acontecimentos históricos pela necessidade de se pensar a ética em outros campos. Os frutos dos esforços dos filósofos na construção de uma filosofia do direito, conectada à ética, resultaram em uma proposta totalmente nova para o direito, onde os critérios de justiça são percebidos como a concretização dessa empreitada. A filosofia do direito contemporânea não pode mais ser comparada a sua sombra do passado. Para explicar, sucintamente, os avanços, promovidos nos últimos cinquenta anos, enumeramos as quinze maiores contribuições que o pensamento ético filosófico provocou na filosofia do direito, e o resultado passa a ser conhecido pela filosofia do direito contemporâneo.

1) Deslocamento de Agenda

A filosofia do direito, ao apresentar alternativas que se afastam da separação do direito com a moral e permitem diálogo com outros temas da filosófica ética, conseguiu um deslocamento de agenda para os temas que interessam;[16] isto

[15] Jürgen Habermas, a Inclusão do Outro, p. 100.
[16] Albert Calsamilla, postpositivism.

redireciona a filosofia do direito para a fundamentação decisória. Na dimensão argumentativa, a preocupação com a figura do intérprete e a dificuldade em resolver problemas permitiram que o enfoque fosse projetivo e útil. As medidas descritivas e a ordenação da estrutura legal passaram a ocupar um plano, senão de importância secundária, o de empreitada intelectual de desafios menores.

A própria definição do que se entende por filosofia do direito contemporânea passa a sofrer uma delimitação recente em termos históricos. Estão todos interessados nas transformações e nos textos da segunda metade do século XX para os dias de hoje. O referencial teórico mudou a ponto de se operar uma inversão do ônus; antes todos eram ou jusnaturalistas ou positivistas, hoje, mesmo os que são partidários de tais modelos raras vezes assumem abertamente sua opção e usam suas ideologias centenárias para combater os modelos de vanguarda. Não que o positivismo e o jusnaturalismo tenham desaparecido, mas as tentativas de atualizar tais modelos fracassaram.

Hoje, qualquer proposta de filosofia do direito que desconsidere a justiça como fim, e os direitos humanos como ponto de partida está fadada a não representar a realidade, não mais conquista adeptos, senão um punhado de prisioneiros do passado.

2) Âmbito Temático do Debate Filosófico Jurídico

O filósofo do direito, hoje, não tenta fazer teorias universais, como a kelseniana, nem permanecer buscando novas roupas para instrumentais antigos como o sistema, o ordenamento, a sanção, pois todo o seu envolvimento está depositado em questões específicas, acadêmicas e de dimensão multidisciplinar[17].

Cresce exponencialmente o número de filósofos do direito preocupados com uma ordem expansiva e transformadora[18]. Os limites do direito e da norma, que funcionavam como um teto impeditivo de vôos mais altos, foi ultrapassado justamente pelos aportes da filosofia prática. A postura do filósofo não é apenas de

[17] Antonio Maia, os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy.

[18] Manuel Atienza, El Derecho como Argumentación.

analisar a ordem posta, mas de pensar o direito, de propor alternativas e de transformar a ordem existente, corrigindo as imperfeições existentes.

Toda essa plêiade de novas oportunidades ficou demonstrada com o aumento do número de escritores em filosofia do direito no mundo e, também no Brasil, e que se preocupam com temas dos mais diversificados. O jurista respeitado deixa de ser o observador externo e passa às funções de participante interno, ativo e moral. As questões, que são estruturais, envolvem outros campos do saber e é, nesse momento, que o filósofo se mostra mais preparado.

3) Papel dos Valores

Nada disso seria possível sem que os valores fossem integrados pelo discurso prático aos elementos jurídicos. A origem dos ataques ao positivismo jurídico, em grande parte, deve-se à aposta ao retorno aos valores. Depois da defesa do positivismo em negar o argumento de injustiça[19], as propostas pós-positivistas ulteriores se sofisticaram e os princípios passaram a conter as preferências morais da sociedade. Os princípios passaram a ser preenchíveis pelos valores e a hermenêutica passou a ser a técnica utilizada para encontrá-los e dar interpretação que os otimize.

Os valores são admitidos, até por normas não escritas, como princípios implícitos: a equidade, a busca da justiça e a pretensão de correção do sistema. Esses são critérios que legitimam o uso de valores percebidos em normas de abertura. É importante, pois, destacar que os princípios não são mais considerados neutros, eles enunciam uma tendência, uma proteção a determinados valores; a igualdade material e o direito à diferença, por exemplo, não estão positivados, e, ainda assim, são invocados para formar a base de uma política de cotas, a qual objetiva a inclusão social e é apoiada em valores sociais.

Com a percepção do papel dos valores, as relações de justificação ganham espaço em relação às operações de lógica dedutiva. Como consequência, podemos apontar que o interesse sobre o conflito de regras e o resultado das antinomias pelo emprego da teoria do direito tradicional levavam à exclusão a norma ‘perdedora’. Diversamente, no contexto da justificação para aplicar a solução de um conflito para

[19] Robert Alexy, the Argument of Injustice.

além da dedução – silogismo lógico – utiliza-se a coerência valorativa, a qual leva em conta não a exclusão, mas o implemento de racionalidade pela ponderação.

Habermas enfatiza o perigo que decisões tomadas sobre valores, de forma autoritária, podem ser proferidas pelos tribunais em juízos de ponderação. Mais perigoso, como reconhece o filosofo alemão é um tribunal adotar a doutrina da ordem de valores, o que pode acarretar em juízos irracionais. Caso a ponderação seja feita no caso concreto, sem pesos pré-fixados, ela escapa dessa critica, que vale a pena ser reproduzida:

> "Do ponto de vista da análise conceitual, a distinção terminológica entre normas e valores *somente* perde seu sentido nas teorias que pretendem validade universal para bens e valores supremos. A transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto da fundamentação, normas e valores assumem *papéis diferentes na lógica da argumentação*. Por essa razão, teorias de valores posmetafísicas levam em consideração a particularidade dos valores, bem como a flexibilidade das hierarquias a serem estabelecidas entre valores e a validade meramente local de configuração dos valores[...]
>
> Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instancia autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito [...].
>
> Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base para a prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos".[20]

---

[20] Jürgen Habermas, entre Direito e Democracia, p. 318-321.

A argumentação jurídica conecta-se aos valores, pois ela passa a ser o veículo da justificação dos valores, não só os estruturando – argumentação material – mas, apoiando-se em uma teoria da justiça e em critérios de justiça que lhes forneça condições de procedibilidade.[21]

4) Ética de Base Neokantiana

Em tempos de pós-guerra e consolidação do pós-positivismo, o retorno ao ideal de justiça regulativa, de paz perpétua e de interação aos valores de dignidade humana conquistam o auditório de grande parcela da filosofia do direito. Com isto, as bases hegelianas perdem, na filosofia do direito, o espaço conquistado desde Marx.

A razão prática é o conceito fundamental do sistema moral kantiano. A razão prática, para Kant, é aquela que não se preocupa em traduzir as leis da natureza, mas em saber as leis segundo as quais o ser racional, dotado de liberdade, deve agir. Aí, já se percebe a preocupação procedimental tão útil ao direito contemporâneo. A ação com liberdade é dotada de escolhas e escolhas morais. Segundo Kant:

> "a razão prática é a faculdade que temos de agir por princípios ou máximas, as quais somente tornam possível uma ação entendida como um acontecimento que tem origem na vontade. Dizer que o homem tem vontade é dizer que ele pode representar-se uma lei e agir de acordo com ela."[22]

Essa faculdade anunciada determina-se na ação segundo a representação de certas leis, ou seja, segundo máximas que Kant chama de razão prática. Todos que compartilham as teses kantianas e reconstroem a razão prática para os dias atuais, trabalhando os elementos pós-positivistas e os critérios de justiça, não serão adeptos nem da base de Hegel, nem da base de uma ética não-cognitivista

---

[21] John Rawls, por uma Teoria da Justiça.

[22] Emmanuel Kant, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, p. 17.

que trata os valores, desprovendo-os de significado objetivo e comparando-os a crenças. Da base kantiana renovada podemos perceber uma correção entre deveres e direitos, e, entre os critérios argumentativos justificadores, porque a imposição de um dever jurídico não serve para justificar a titularidade de um direito. A titularidade justificativa é transposta aos sujeitos e, não, ao dever. Direitos não se traduzem na contrapartida de imposições de deveres.[23]

Os neokantianos acreditam que a filosofia ética e a filosofia do direito contemporâneo firmam-se na sofisticação da moral. Habermas, procedimentalista, postula moral intersubjetiva compartilhada pela base da comunidade. Na sua reconstrução ética, Habermas lembra que os direitos individuais só são constitutivos no contexto de uma comunidade e, com isso, não há que se falar em primazia entre individualização e socialização. A abordagem intersubjetiva percebe os direitos fortes, ainda que individualizados, não pela matriz liberal, mas por meio da socialização. É esta que constrói – e, não, um Estado da natureza – a imagem do direitos de uma nação.

5) Moral e Pretensão de Correção

Base da pirâmide do arcabouço da inovada filosofia do direito é a conexão com moral, pois não era mais possível reduzir o direito a suas expectativas normativas, alheias ao mundo da ética[24].

A moral foi sendo aperfeiçoada à proporção que recebeu um padrão de justiça, de retidão, não copiado da moral subjetiva, nem da moral objetiva. Um importantíssimo esclarecimento faz-se agora acerca da moral que, por sua vez, não é nem a moral objetiva nem a subjetividade moral, pois é pós-metafísica: surge na discussão, no debate, na argumentação, no julgamento e por uma constante pretensão de correção e é justificada pelo entendimento social aceito. É a moral que não se reporta apenas aos valores, mas à intersubjetividade e, volta-se para trabalhar como expressão política do estado democrático.[25]

---

[23] Josep Regla, Do Império da Leia o Estado Constitucional, p. 27.

[24] Ronald Dworkin, Virtude Soberana.

[25] Jürgen Habermas, Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade

A moral, renovada, é expressa em termos de uma pretensão de correção, a qual permite uma racionalidade argumentativa que, ao invés de se abster na resolução de questões controvertidas, busca solucioná-las com base em premissas existentes, baseadas em uso da razão pública[26]. Sob esse aspecto, a pretensão de correção constitui o pressuposto lógico e discursivo, para permitir que o sistema se aperfeiçoe, para que a moral aja como mandado de otimização e para que se alcance o melhor resultado possível. É justamente a articulação de princípios jurídicos, que, por processos interpretativos sofisticados, permite a reconstrução argumentativamente dos dizeres éticos jurídicos via pretensão de correção. A fusão do direito com a moral mostra-se existente nos mandamentos principiológicos, que corrigem as imperfeições do ordenamento, fator possibilitado pela abertura e efeito de irradiação de suas normas[27]. A abertura permite que o intérprete fale com o texto[28] e o preencha argumentativamente; assim a evolução da matéria é alcançada e não se prende ao seu significado normativo literal.[29]

Muitos autores tratam de forma separada e de cunho inconciliável a posição procedimentalista, em que são referências Habermas e Alexy, e, da posição substancialista em que outros autores como Manuel Atienza e Dworkin preferem apostar. Os autores procedimentalistas estão geralmente preocupados em rebater críticas do moralismo substancialista; já o substancialismo volta-se para o conteúdo das normas. Não pensamos que seja uma relação de embate. Pelo contrário, a preocupação com o procedimento para realização de uma condição de procedibilidade para a justiça não é oposta à busca de substância e abertura a outros âmbitos como: moral, política, filosofia e direito. Fazemos coro a Dworkin que afirma sobre “aqueles que dizem que a expressão ‘decido processo substantivo consiste num oximoro, porque substância e processo são opostos, desconsideram o fato crucial de que uma demanda por coerência de princípio, que traz óbvias

---

[26] Phillip Petit, A Theory Of Freedom: From The Psychology To The Politics Of Agency

[27] Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais.

[28] Hans George Gadamer, Verdade e Método I.

[29] Robert Alexy, Teoria da Argumentação Jurídica.

consequências substantivas, é parte essencial do que faz um processo de tomada de decisão ser um processo jurídico.”[30]

6) Evolução do Direito a Partir de uma Teoria dos Princípios

Uma das maiores contribuições do retorno da ética no discurso jurídico foi o papel que normas com carga de princípios passaram a desempenhar. Antes tidas como normas que anunciam ideais de cumprimento, agora detêm efetividade que as colocam como o coração das constituições contemporâneas e, por que não, de todo o direito.

Após a hermenêutica moderna, apareceram os princípios de Ronald Dworkin, como o marco comum que, de alguma maneira, veio reafirmar a vinculação do direito com a moral, introjetada no ordenamento, mas que permitiria uma leitura moral do direito. No final dos anos setenta, a teoria dos princípios permitiria refutar toda a tese positivista, como o próprio Herbert Hart, em parte, reconheceria no final de sua vida. Ao se defender dos ataques de Dworkin, Hart assume uma posição menos radical do positivismo e abre espaço ao que veio a ser consagrado como modelos de qualitativos de positivismo jurídico:

> “Isso está duplamente errado. Em primeiro lugar, ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como ‘positivismo moderado’ e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, ‘positivismo factual’.[31]

Ao desenvolver uma teoria, em que os aportes da razão prática permitem que no direito os princípios convivam com regras e políticas públicas, Dworkin revolucionou o que era concebido, até então, que regras têm de ser cumpridas e funcionam no tudo

---

[30] Ronald Dworkin, Justiça de Toga, p. 180.
[31] Herbert Hart. O Conceito de Direito, p. 312.

ou no nada, são válidas ou inválidas. Já os princípios são realidades heterogêneas em relação às regras, pois funcionam em gradações, como mandados de otimização, projetando-se para indistintas partes que vão além do direito estabelecido, para estatuírem fins conectados a valores.

Com isso, deve-se proceder a uma revisão do paradigma teórico que se forjou com base na noção de "Império da Lei". Os princípios permitiram a compreensão de que, além das regras, eles dão sentido à aplicação e interpretação do ordenamento na promoção de certos bens ou valores. No quadro positivista, as normas abertas são tidas como uma imperfeição, pois pressupõem um possível desvio por parte dos destinatários, incorrendo em uma insegurança quanto à certeza jurídica. Um dos fundamentos da utilidade do positivismo jurídico era justamente o da previsibilidade das consequências jurídicas, o qual fica todo abalado com a percepção do funcionamento próprio dos princípios.[32] Por isso por tanto tempo positivista negaram o papel aberto e irradiante dos princípios jurídicos.

O raciocínio pela subsunção ocorria quando se previa o encaixe de regras no caso genérico e é voltado para a lealdade à observância da regra; ainda, segundo esse modelo à interpretação da regra vale-se, sobretudo, da natureza semântica. Com os princípios, a lógica incidente sobre o uso da norma modifica-se, pois eles se utilizam do raciocínio da ponderação, com dimensão de peso justificadora e valorativa, conceitos empregados com relevância fundamental no direito. A reflexão sobre os princípios eleva ao debate seus propósitos protetores e promocionais do direito.

O papel dos princípios passa a ganhar destaque, quando os mesmos são invocados, para concretizar uma exigência de justiça e acabam com o antigo dilema entre aplicar uma regra e fazer injustiça, ou lesar o direito e fazer justiça. Os princípios ocupam o papel de dar direção no momento interpretativo e na fase de aplicação e, ademais, guiam o intérprete na busca de respostas certas para os casos difíceis.

7) Importância dos Casos Difíceis

As considerações sobre critérios de justiça e aplicação do referencial teórico, além de técnicas importadas da filosofia só fazem sentido se forem dirigidas aos casos difíceis, aqueles a que as ferramentas tradicionais não davam resposta

[32] Josep Regla, do Império da Lei ao Estado Constitucional, p. 24.

satisfatória. O *pivotal case* permite que a ordem jurídica seja coerente com os princípios existentes, os quais permitem melhor resposta dos casos difíceis[33]. Atienza defende o uso da argumentação, para solucionar casos difíceis e trágicos. [34] As teorias, que envolvem os critérios de justiça, foram atualizadas, na atualidade, em grande parte, com o pretexto de permitir que os casos difíceis alcancem melhores respostas, que satisfaçam o direito, que se cumpram de acordo com os princípios de justiça e sejam legítimas para o auditório envolvido.

Os casos difíceis ocorrem quando as controvérsias, os limites e as ferramentas para resolvê-los não se encontram no ordenamento, e as incertezas repetem-se nos casos concretos. O pensamento axiológico permite maior debate racional, pois o uso é justificado e o que, aparentemente, aumenta a discricionariedade, não se confirma; porque, na verdade, os critérios de justiça e os princípios invocados, para resolver os casos difíceis, pautam-se num debate metateórico, o qual, ao incrementar a racionalidade, restringe a discricionariedade. O receio com a abertura do direito à filosofia não se justifica, pois as respostas estão fora das regras legais ordinárias e porque elas são encontradas em sede jusfilosófica, sobretudo quando adotam teses que desvelam a complexidade dos casos difíceis e trágicos. Sem esse incremento de racionalidade, as respostas certas não são satisfatoriamente alcançadas nos casos difíceis e trágicos. O ciclo representa-se necessário, porque a razão prática cumpre seu papel e torna o direito mais racional e mais justo.

Deve-se lembrar que, antes de a racionalidade prática ser compreendida e aplicada pelos filósofos do direito, o debate orientava-se justamente pelos casos regulados e casos não-regulados. Para resolver casos regulados, aplicavam-se por subsunção as regras. Para resolver casos não regulados, entrava-se no âmbito da discricionariedade, com poderes mais extensos ao juiz.[35]

---

[33] Ronald Dworkin, Levando os Direitos a Sério.

[34] Manuel Atienza, As Razões do Direito.

[35] Alfonso Figueroa, La Fundamentación: Conceptos Fundamentales. In: La argumentación en el derecho, p. 139.

Com a compreensão do papel da racionalidade prática no direito, os princípios passaram a ser aproveitados em outros momentos para além de quando as regras não têm resposta. A dicotomia passa a ser considerada entre os casos fáceis – de observância de uma repetida prática forense quando é usual se alcançar uma resposta satisfatória – e os casos difíceis, que são resolvidos pela máxima: "quanto mais discricionário é um ato (menos regrado está), mais justificação requer".[36] Por tal entendimento, chega-se à conclusão de que, quanto maior for o volume de técnicas advindas da racionalidade prática, mais é necessário o recurso à teoria da argumentação jurídica. Existe gradação na necessidade do uso da argumentação jurídica tanto quanto existe gradação na aplicação dos princípios para solução dos casos difíceis. Alfonso Figueroa aponta que normalmente ambas as situações ocorrem simultaneamente, pois os casos difíceis requerem o uso de princípios em maior gradação e, consequentemente, maior é o ônus argumentativo e a exigência de justificação.

Por isso, Dworkin defende que o juiz Hércules, que acerta nas respostas dos casos difíceis, deve ser grande conhecedor de filosofia. Ele correlaciona os princípios de direito e todo o referencial teórico advindo da filosofia prática, para conhecer a resposta certa. Não obstante as críticas recebidas pelo conceito de juiz Hércules e de uma única resposta certa, Dworkin está a demonstrar que, sem o conhecimento prévio de filosofia e sem manejar os princípios, a resposta certa não será alcançada. A figura do juiz Hercules revela outra mudança, a do papel do cientista do direito.

8) Papel do Cientista do Direito

O papel do cientista do direito, após os aportes da filosofia prática, transmuta de status e posição, pois seu comportamento, hoje, deve estar preocupado com a justiça manifestada na defesa dos princípios, os quais emana valores e não devem mais ser entendidos como neutros. O cientista do direito, entendido como teórico estudioso e aplicador consciente, vê o Direito, como possibilidade maior de transformação, que, pela pretensão de correção, interage com os critérios de justiça,

---

[36] Josep Regla, do Império da Lei ao Estado Constitucional, p. 26.

os quais dirigem as decisões sobre fatos jurídico-sociais, muitos dos quais precisam de nova resposta.

Este papel proeminente do cientista do direito é adequado a um estado democrático baseado no Direito e, quanto mais o grau de aproximação entre direito, filosofia e democracia aumentam, pode-se demarcar o caráter civilizatório de cada sociedade.

Deve-se recordar que o ponto de vista do cientista do direito, é de participante interno, moral e ativo[37]. Interno, porque se destaca como um participante que tem de adotar uma posição de adesão para explicar o funcionamento do direito, que o afeta. É, antes de tudo, participante, e, não, mero observador, porque influencia na produção do direito reunido com a moral. É ativo, porque atua na ordem jurídica, pela correção da injustiça[38] e pela racional capacidade de correção que possui o Direito. O cientista do direito que atua em países de grande desigualdade social deve, em resposta à realidade, ser comprometido com os objetivos da Constituição de sua nação e, não, mais neutro. Neutralidade não se confunde com imparcialidade. Nem a Constituição é documento jurídico neutro, porque ela anuncia preferência sobre alguns valores em detrimento de outros. Não se deve ignorar a ideologia jurídica existente que é sempre sentida, pois ela é, invariavelmente, absorvida pelos seus adeptos. Estes não precisam se esconder por detrás da neutralidade científica.

Dos princípios emanam valores e as políticas públicas de bens a promover. Essa carga axiológica promocional não é neutra, pois está fundada em princípios abertos aos valores, os quais, com a correta tarefa interpretativa e argumentativa, tornam o objeto do direito mais dinâmico. O próprio documento constitucional revela preferências, objetivos e fundamentos específicos do Estado. Essa superação da noção de neutralidade, a qual permaneceu como dogma por dois séculos, retira do participante do direito a alcunha de cientista e o enquadra melhor como participante

[37] Vale relembrar que o participante é tido como mero observador externo e neutro no positivismo exclusivo; alcança a posição de participante, interno e compreensivo no positivismo inclusivo; é participante interno e moral no pós-positivismo e acrescente a qualidade de ativo – que busca a transformação e é guiado pela pretensão de correção nos dias atuais.

[38] Robert Alexy, The Argument from Injustice – a reply to legal positivism, p. 45-60.

das ciências sociais aplicadas e por que não, para usar a expressão consagrada por Gadamer, dentro das ciências do espírito.[39]

Não se deve confundir neutralidade com imparcialidade, pois esta refere-se a certa atitude que o magistrado deve ter frente às partes e, por isso, a "imparcialidade se vincula com outras figuras como abstenção e recusa e a independência com a auto-restrição de não ir além do direito"[40]

O cientista do direito deve levar sua argumentação com clareza ao público, de modo que possa tornar acessível o jurídico para a população como um todo e envolvê-la, sempre que possível, no debate. Isso não atrapalha o exercício do Poder Judiciário, porque as decisões proferidas têm critérios normativos de racionalidade prática, que se afirmaram e não mais se perderão. O Direito deve ser compreendido pelo homem médio e, não, confinado a uns poucos. A tarefa argumentativa só se completa se os participantes do discurso têm sua abrangência direcional alargada. Enquanto for destinada aos iniciados no direito, a tarefa argumentativa continua imprescindível, mas seu fator não se completa enquanto não alcançar e provocar reflexão – e consequentemente aceitação, discordância ou indiferença no homem médio.

Elemento de afetação prática é o novo papel do cientista do direito, inclinado a pensar e trabalhar as possibilidades de racionalidade concretas, sempre pautado no poder-ser do direito.

9) Entre o Ser e o Dever Ser: o Poder Ser

A grande dificuldade entre as propostas de teorias filosóficas para o direito passava em uma dicotomia entre o ser e o dever ser. O positivismo, com base na prescrição da norma, anunciava que o universo do direito girava em torno do dever ser, onde a norma legal aparecia como uma hipótese de incidência. Quando o fato ocorria realizava-se a mera subsunção para formatação do conteúdo normativo. Esse exercício, do dever-ser, era eminentemente prescritivo. O positivismo afastava-se da moral pela incerteza que esta gerava, e tentava atribuir um significado

[39] Hans Georg Gadamer, Verdade e Método I.

[40] Manuel Atienza, El Derecho como Argumentación, p. 105.

confiável sobre o dever ser, adequando a conduta à norma.[41] Para Dworkin, o direito natural fundava-se no ser afastado da norma, já que a fonte poderia ter seu fundamento para além do ordenamento. Por isso se diz que o jusnaturalismo vigora em torno do ser, atribuível pela conduta encontrada. O paradigma pós-positivista não se encontra em nenhuma dessas acepções estritas. Por isso devemos buscar a resposta em uma situação que adeque os elementos extranormativos, porém jurídicos da razão prática. Ela opera de acordo com os limites do direito, mas não fechada na norma e na sua subsunção. Os critérios de justiça são encontrados no centro do raciocínio jurídico e o uso dos princípios tem densidade gradativa. Logo a resposta encontra-se, ao aproximar o ser do Direito natural do dever ser do Direito positivado, fundindo em um modelo, que busca a transformação, e passa a trabalhar, após a fusão dos dois momentos. Assim, nasce a esfera do poder ser, que corrige (pretensão de correção) e alcança o resultado dentro dos limites e das possibilidades existentes (pelo incremento da racionalidade prática), não mais fora do ordenamento, mas nem por isso condenado à prisão legislativa. Deve-se trabalhar oi poder-ser como aquilo que é alcançável pelo raciocínio jurídico de vanguarda, e em especial pelo uso técnico e não normativo dos critérios de justiça.

10) A Superação da Dicotomia entre Prescrição e Descrição

O Direito está fundado numa realidade complexa, a qual depende da sua própria prática, em que as escolhas devem ser justificadas e não apenas descritas. A mera observação dos fatos – descrição – não é mais suficiente, para determinar o conteúdo das suas normas. Em uma concepção de direito como prática, a descrição não alcança a tendência volátil dos princípios adequados a resolver um problema jurídico. Com isso abandona-se o referencial que se fixava em conhecer normas e regras, descritivas e prescritivas, e isto bastava na transmissão de conhecimento. Com a instrumentalização da racionalidade prática desenvolveram-se certas habilidades que demonstram que no discurso prático de pouco vale a oposição entre descrição e prescrição.

[41] Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento.

Dworkin afasta-se da idéia marcadamente européia de que o direito é constituído por meio de uma ciência rigorosa e que se forma de normas preceptivas de conduta e descritivas do fenômeno jurídico, como, por exemplo, advogava Bobbio[42]. O trabalho da doutrina e da jurisprudência aproximou-se, quando o elo entre teoria e prática foi reduzido, pois apareceram, com a filosofia do direito contemporâneo, numerosas pontes capazes de conduzir os fatos a respostas confiáveis e bem fundamentadas, seja pela argumentação, seja pela coerência, ou pela integridade. O jusfilósofo não mais somente descreve o direito, pois ele indica preferências, entra no contexto, enfim ele reformula a configuração existente[43]. Em um caso difícil a resposta não separa as condições prescritivas das descritivas, os critérios de justiça, por exemplo, operam nos dois momentos.

11) O Fracasso do Positivismo

O jusnaturalismo, nomenclatura dada ao Direito natural, era formado por direitos universalmente válidos, sempre invocáveis pelo ser humano, ainda que não escritos em lei alguma. Era uma capacidade jurídica metafísica que se afirmava em valores pré-concebidos. Mas o pensamento, que permitiu a quebra de regimes monárquicos, que não garantiam direitos básicos, falharia ao tentar regular uma sociedade pretensamente igualitária – ainda que se tratasse de uma igualdade formal, – já que haviam sido afastados os privilégios da nobreza e do clero. Ademais, era necessário, ao fim do século dezenove, destinar ao Direito um regime técnico, para afastá-lo da categoria de ciência natural. A busca de uma determinação intrínseca e rigorosa lógica jurídica operou um corte radical na jurisprudência e concepção de Direito, e os defensores desse movimento - o positivismo jurídico - opuseram-se frontalmente ao jusnaturalismo.

A vitória do positivismo jurídico permitiu a afirmação do Estado de Direito, da supremacia da Constituição e das consequências formais. Por essa percepção, fomos todos, em algum momento, positivistas ou, ao menos, temos forte herança do positivismo jurídico e do seu postulado metodológico, pelo qual o principal, senão o

---

[42] Norberto Bobbio, Teoria da Norma Jurídica.

[43] Antonio Maia, Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo, p. 121.

único objeto da ciência do Direito é o direito positivo. O positivismo deu a cientificidade que faltava ao Direito no jusnaturalismo.

O positivismo clássico tinha como base dois pressupostos importantes. Em primeiro lugar, a separação completa entre o Direito, a moral e a política. Em segundo lugar, o Direito manifestaria, nas suas fontes, em especial na Lei, de fonte genuinamente estatal, que deveria prever todas as relações sociais humanas. Daí a importância das fontes do direito; elas revelam os limites do Direito então concebidos.[44] O positivismo afirmar-se-ia ainda sob as seguintes concepções:

(a) estatal, em que o Estado é o produtor do Direito;
(b) imperativa, com a obrigatoriedade seguida de sanção pelo descumprimento, considerada um elemento que diferencia o Direito dos demais ordenamentos sociais;
(c) como sistema pleno, autorregulativo, que compõe autossoluções normativas para lacunas, antinomias e analogias para o Direito.

O fracasso do positivismo pode ser detectado pela empreitada teórica de Dworkin, Alexy, e mesmo em Karl Larenzs de formação filosófica hegeliana, onde traz um capítulo no seu 'Metodologia da Ciência Jurídica' dedicado ao "fracasso do positivismo", onde discorre sobre a escola jurídica alemã quase uníssona declarando o positivismo ultrapassado. Isso pode ser percebido na contraposição dos juízos formais presentes no positivismo jurídico e a distinção entre validade formal e material das normas, já que lá para cá é inegável que a orientação substancial das normas está presente em qualquer juízo pós-positivista.

No positivismo jurídico inclusivo, o direito alcança em sua base normas jurídicas que dependem de fatos ou das regras de reconhecimento[45] e podem ter qualquer conteúdo, pois o direito identifica-se com qualquer norma formalmente válida, desde que preenchida pela subsunção. No positivismo jurídico, o direito está baseado em fontes de racionalidade formal, do tipo weberiano da expressão. A compatibilidade com a norma superior explica as construções do juízo formal de validez.[46]

---

[44] Albert Calsamilha Pospositivism, p. 210.

[45] Hebert Hart, o Conceito de Direito.

[46] Josep Aguiló, Do Império da Lei ao Estado Constitucional.

Em todas as teorias que superam o positivismo, denominadas teorias pós-positivistas do direito, são reconhecidas normas materialmente válidas, em razão do seu conteúdo, cuja validez não tem sentido remeter a uma norma apenas formalmente válida. Só aí aparece a possibilidade de normas serem formalmente válidas e, ao mesmo tempo, serem materialmente inválidas, o que é a demonstração última de que o direito se tornou substancial.

Como já foi afirmado, o auge do positivismo clássico de Hans Kelsen [47]e Norberto Bobbio[48] durou pouco, ao menos na percepção européia. Com o decantado fracasso do Direito, para conter a Segunda Guerra Mundial, em especial de colaborar com a afirmação do fascismo e do nazismo, que utilizaram o positivismo como metodologias jurídicas de ascensão ao poder, muitas alternativas foram apresentadas ao Direito pós-1945, com atenção especial da retomada da moral no Direito. O desgaste do Direito era tal que suas insuficiências seriam apontadas por todos os pensadores do Direito, quase que com unanimidade, pois não somente de leis viveria o direito, mas de racionalidade e de preocupações com a justiça, em especial a justiça constitucional dos estados democráticos.

12) Teoria da Justiça e Justiça Constitucional

A justiça passou a ser vislumbrada pela forma com que os direitos humanos devem guiar as ações jurídicas, políticas e morais. É nesse Estado Democrático de Direito que se reclama a retomada da ética filosófica, ainda mais em tempos de fenômenos complexos, como o da exigência de renovação e transformação que o direito vai impulsionando, empregando enorme esforço na criação de teorias em defesa dos valores plurais dos direitos fundamentais.

Hoje, com os reclames de juristas norte-americanos, o exercício judicial tenta encontrar, nos Estados Unidos, um ponto de equilíbrio. Com a pressão sobre a postura da Suprema Corte norte-americana de autoconteção, a composição atual da mesma corte passou a atuar com mais parcimônia em problemas centrais e defender o núcleo essencial dos direitos humanos, como na decretação de

---

[47] Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito.

[48] Norberto Bobbio, o Positivismo Jurídico.

inconstitucionalidade em relação às prisões em Guantánamo e da inconstitucionalidade das leis de restrições genéricas aos direitos de privacidade, justificadas pelo Presidente dos Estados Unidos, devido à ameaça do terrorismo. A defesa aos direitos humanos deve ser o mínimo exigido de qualquer Tribunal Constitucional, mesmo aqueles que apostam no não ativismo judicial. A atividade judicial e sua orientação, para fazer o papel insuficiente dos demais poderes, devem ser contextualizadas para o país em que atua. Quanto maior o décifit na política democrática-majoritária, mais o Tribunal Constitucional poderá intervir nas questões políticas, econômicas e sociais. Essa balança obteve um novo olhar filosófico com Habermas que notou nos Tribunais Constitucionais um órgão encarregado não só de julgar, mas de realizar a justiça constitucional[49] e, na Constituição, um produto dinamizador de compartilhamento em sociedade de valores comuns, que permitem a criação de uma moral intersubjetiva, que consequentemente um verdadeiro sentimento pela constituição, não como em um nacionalismo, mas como um patriotismo constitucional.[50]

13) Diferença entre o Contexto do Descobrimento e da Justificação

O processo da descoberta diz respeito ao contorno e ao confronto de um problema, pois somente ao pensar em uma possível resposta correta é preciso justificá-la. Na construção em torno da justificação será averiguada se a resposta foi corretamente fundamentada e se o processo de encontrar essa resposta passou pelos crivos da racionalidade jurídica.[51]

A distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação impulsionou a teoria da argumentação jurídica padrão, para o patamar da racionalidade. A motivação das decisões judiciais, hoje princípio repetido nos estados constitucionais, equivale a exigir o processo de justificação explicitado. A

[49] Jürgen Habermas, Direito e Democracia: entre faticidade e validade.

[50] Jürgen Habermas, a Inclusão do Outro.

[51] Neil MacCormick, Retórica e Estado de Direito, p. 272.

desvalorização da capacidade justificativa do sistema jurídico, como definida pelos realistas, chegou a equiparar a decisão a um processo psicológico.[52]

No contexto da descoberta, encontramos as causas que nos levaram a pensar o problema. Existem passos racionais para mentalmente descobrir as razões que levaram à elaboração da decisão. O contexto de justificação é onde se encontra o conjunto de razões que são construídas em uma decisão.

> Como observa MacCormick, com “a alegação que se faz uma descoberta precisa continuar a ser uma alegação contestável até que uma justificação satisfatória possa ser exposta”,[53] no contexto da justificação, a questão não é somente como se chega a uma decisão – se por princípios, por hermenêutica – “mas apenas se essa decisão é justificável juridicamente”[54]. Figueroa explica ainda que o protagonismo do contexto de justificação – tanto no direito, quanto na análise do sistema normativo, ou na correção presente na ética filosófica – não se afasta a importância do contexto da descoberta, o qual reuniria o processo psicológico e o sociológico que são levados a serem considerados em uma tomada de decisão.

14) Diferença entre Delimitação Interna e Delimitação Externa

Outra importante diferença a ser demarcada é a da justificação interna, tida como de primeira ordem, a qual se fixaria nos pressupostos normativos, diferente da delimitação externa. É na justificação externa que se expõem os critérios de racionalidade que fogem aos padrões da lógica formal. São as argumentações contidas no processo de justificação externa que realmente importam para a teoria da argumentação jurídica. Muitas vezes, simultaneamente, utilizam-se ambas as formas de justificação.

---

[52] Alfonso Figueroa, La Fundamentación: Conceptos Fundamentales. In: La argumentación en el derecho, p. 146.

[53] Neil MacCormick, Retórica e Estado de Direito, p. 142.

[54] Alfonso Figueroa, Alfonso Figueroa, La Fundamentación: Conceptos Fundamentales. In: La argumentación en el derecho, p. 158.

> "Desse ponto de vista, o que diferencia a justificação interna da justificação externa é o caráter intra ou extrasistemático das premissas normativas. Isto é, a justificação interna é aquela que recorre a normas do sistema jurídico. A justificação externa é aquela que, ao contrário, se baseia em normas que não pertencem ao sistema jurídico. Desse ponto de vista, a justificação interna se dirige para a justificação da decisão sobre a base de normas jurídicas e se reduz à congruência expressa na lei e a norma concreta da decisão. A justificação externa é ao contrário o conjunto de razões que não pertencem ao Direito e que fundamentam a sentença. Entre estas razões podem encontrar-se normas consuetudinárias, princípios morais, juízos valorativos, etc. O conjunto de razões não jurídicas que fundamentam uma sentença constitui o produto de uma atividade argumentativa que se costuma denominar "discricionariedade judicial".[55]

Assim a preocupação da busca pela razão prática atinge muito mais o contexto de delimitação externa, pois do contexto normativo (delimitação interna) a dogmática há muito que cuida.

15) Direito e Democracia

A democracia, conectada ao direito, repousa na necessidade de o demandante exigir do Estado uma resposta, uma decisão justa. Essa resposta está construída na argumentação, pela razão prática. A razão prática é dialética dialógica[56], o que dá legitimidade à decisão. Esse desenvolvimento fica ainda mais sensível quando a matéria a ser apreciada, na fase de aplicação judicial, versa sobre direitos fundamentais.

---

[55] Alfonso Figueroa, La Fundamentación: Conceptos Fundamentales. In: La argumentación en el derecho.

[56] A qualificação "dialógica" é referente ao diálogo público intersubjetivo e é empregada neste trabalho para diferenciar esse modelo de dialética de outros modelos como a célebre dialética hegeliana.

A filosofia moral não deve ser vista isoladamente, mas em plano conjugado com as normas e os princípios que tratam da democracia.

> "a filosofia e a democracia não são apenas do mesmo contexto de origem histórica, mas dependem estruturalmente uma da outra. O efeito público do pensamento filosófico necessita, numa medida especial, da proteção institucional da liberdade de pensamento e de comunicação; inversamente, um discurso democrático, sempre ameaçado, também depende da vigilância e da intervenção desse guardião público da racionalidade."[57]

Dessa forma, não há possibilidade de que haja contaminação do Direito pelo discurso moral subjetivo e, menos ainda, que a moral fique presa ao exercício de poder e de dominação implícito no direito. A relação entre Direito e democracia passa a ser vista sem dualismos, até porque o Direito é um objeto cultural dinâmico e em constante procura de aperfeiçoamento. A norma jurídica passiva necessita do veículo da interpretação para ser concretizada, e é o lado argumentativo que dá essa possibilidade ativa de pretensão de correção. A já referida pretensão de correção se refere à significação do objeto. O objeto do Direito embora tenha um núcleo fixo ou zona de certeza, possui também um halo de dúvida, que não dispensa a interpretação principiológica.

O que se postula na defesa da reunião entre direito e democracia é a forja de elementos que compõem um mínimo intransponível, que se verifica nos direitos humanos fundamentais, que garantem o exercício da democracia das gerações futuras. Isso somente foi possível após o aprendizado de séculos de lições de histórias, daquilo que não se pode compor, hoje traduzidas nas cláusulas pétreas constitucionais[58]. Com esta noção os direitos fundamentais deixaram de ser vistos como barreira à democracia plena e passaram a serem enxergados como condições de procedibilidade da democracia, mesmo quando ocupam em algumas sociedades

---

[57] Jürgen Habermas, Verdade e justificação, 324.

[58] Jürgen Habermas, Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade, cap. 7.

natureza petrificadas e impassíveis de mudanças. Esta é a base da democracia de afirmação[59].

De todos os elementos que compõem o arsenal contemporâneo de aportes da racionalidade prática é inegável que vivemos em um patamar distinto daquele produzido há algumas poucas décadas atrás. Neste novo espaço jusfilosófico, os critérios de justiça atuam validando os aportes da filosofia prática, aqui brevemente citados em alguns pontos de construção. O que pretendemos comprovar nas páginas seguintes é que no atual estágio, são os critérios de justiça que permitem a existência de uma filosofia ética aplicada ao direito.

---

[59] Chamamos de democracia de afirmação àquela inserida na sociedade, por meio de debate e esclarecimento popular. A decisão judicial que causa repercussão e é digerida pela sociedade forma opinião e introduz o exemplo e o sentido de justiça em uma nação. Ela ocorre aos poucos e depende da manifestação de órgãos de representação e dos meios de comunicação para chegar a todos, em processo reiterável. Ao contrário, chamamos de democracia ativa e de momento aquela advinda da participação popular, geralmente em voto, na escolha dos representantes. Embora classicamente associada ao ideal democrático, esta forma isoladamente não atende à verdadeira expressão popular, por isso cada vez mais outros meios, incidem em maior resposta aos anseios e vontade pública, do que a praticada pelos agentes políticos.